



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

PUBBLICA FUNZIONE, PUBBLICO SERVIZIO, SERVIZIO UNIVERSALE: DA 'SUDDITO' A 'UTENTE', PASSANDO PER 'CITTADINO' (A MARGINE DI UN VOLUME DI RENATO CONTI)***

di Antonio Riviezzo***

SOMMARIO: 1. Un libro nel tempo. – 2. La criptotrampa. – 2.1. Attività pubblica e situazioni giuridiche soggettive. – 2.2. Funzione pubblica e sudditanza. – 2.3. Servizio pubblico e cittadinanza. – 2.4. Servizio universale e utenza. – 3. Una traiettoria generale. – 4. Stato e Mercato: un rapporto tormentato dietro al quale si agita una tensione etica inconfessata. – 5. Etica economica e democrazia liberale. – 6. Una chiosa.

1 - *Un libro nel tempo*. – Il volume di Renato Conti¹ è un libro perfettamente calato nel tempo presente; in esso si affronta il tema dei servizi pubblici a rilevanza economica e delle attività in concessione, sull'onda del d.d.l. Daga (AC 52) a proposito del regime giuridico delle acque e – fatto non secondario – delle vicende susseguitesì al tragico crollo del Ponte Morandi a Genova, per cercare di mettere ordine attorno al complesso rapporto fra lo Stato italiano e i gestori-concessionari privati.

Il testo si rappresenta, fondamentalmente, come un *pamphlet* il cui obbiettivo polemico è costituito dal risorgente mito – in parte falso, in parte incoerente – dello stato-imprenditore quale ottimo erogatore dei servizi ed efficiente allocatore delle risorse economiche; mito (per definire il quale l'Autore utilizza il termine 'dimonìa', a marcarne le caratteristiche deteriori) rafforzato oggidì dai certificati fallimenti dello stato-regolatore o, se si vuole, della stagione delle c.d. privatizzazioni².

L'assunto di fondo – in breve – è che un servizio pubblico risulti efficiente solo se accompagnato da una regolamentazione organica e da un sistema di controlli stringente, non in

* Il presente scritto costituisce l'ampliamento di un breve intervento esposto dall'A. nell'ambito del Convegno su "Problemi attuali della gestione dei servizi pubblici tra beni pubblici e beni comuni" tenutosi a Siena mercoledì 11 dicembre 2019.

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

*** Professore associato di Diritto Costituzionale presso l'Università di Siena.

¹ R. CONTI, *La gestione dei servizi pubblici e la dimonìa dello Stato*, Aracne, Roma, 2019. D'ora innanzi, per brevità, citerò il testo semplicemente come «*Dimonìa*», accompagnato dal numero delle pagine di cui riporterò gli stralci.

² *Dimonìa*, 9 ss.

virtù dell'assetto proprietario che ne sta alla base³; l'idea implicata è dunque che, in questa materia, anche lo Stato italiano sia storicamente mancato, innanzitutto predisponendo un quadro normativo contraddittorio e lacunoso e – secondariamente – abdicando ad un'effettiva vigilanza sui gestori privati dei suddetti servizi⁴.

Sotto il profilo strettamente tecnico-giuridico, nel testo si rinviene una penetrante critica soprattutto al modello della società mista (un ibrido infecondo tra sistema capitalistico e finalità pubblicistiche⁵), e – più in generale – all'aporia dell'orizzonte assiologico del legislatore, stretto tra la volontà di rimuovere la finalità lucrativa dal sistema dei servizi pubblici e le necessità operative e finanziarie dei soggetti chiamati – quei servizi – a garantirli⁶.

La proposta dottrinale esposta in chiusura consiste nel caldeggiare – in una con la predisposizione di un quadro normativo finalmente razionale⁷ – un ulteriore rafforzamento dei controlli sui gestori-concessionari privati; controlli che però dovrebbero essere esternalizzati al fine di renderli davvero efficaci⁸.

2.- *La criptotrama*. – Considerazioni più dettagliate e più appropriate sul contenuto dogmatico del testo sono state esposte nelle relazioni che hanno preceduto il mio intervento.

Intendo qui, invece, ripartire dalla tesi di fondo del volume per proporre una serie di considerazioni di ordine più generale, che vadano a toccare la tormentata triangolazione tra Diritto, Politica ed Etica.

In tale chiave, esattamente come ho definito il libro di Conti un frutto del tempo presente (un libro “*nel tempo*”), potrei qualificare le assunzioni che andrò a esporre come “*fuori dal tempo*” o – più benevolmente – “*oltre il tempo (presente)*”⁹.

Per cogliere compiutamente il senso di quanto dirò, occorre a mio avviso osservare la parabola dello Stato italiano nel suo rapporto con la realtà imprenditoriale, dalle sue origini

³ *Dimonia*, 19-20: «un dibattito mal posto ha centrato l'attenzione sulla matrice proprietaria dei soggetti gestori, pubblica o privata – eventualmente mista – e sulla diabolica componente del *profitto* che le tariffe tendono ad includere, invece di concentrarsi su obiettivi, mezzi, regole e controlli» (l'enfasi è testuale); e, più chiaramente, 59: «La vera equità sociale [che è poi l'esito cui tende – o dovrebbe tendere – la funzionalizzazione dell'attività economica, *scil.*] sta nella regolazione, non nella proprietà».

⁴ *Dimonia*, 57: «l'impresa pubblica reca inevitabilmente con sé una criticità che, con riguardo ai servizi pubblici, si manifesta con una carica esplosiva: il conflitto di interesse»; 108: «L'introduzione di un modello gestionale unico, la società a capitale interamente pubblico, poi azienda speciale, poi ente pubblico, per l'affidamento del servizio, se risolve — da un punto di vista squisitamente societario — la contraddizione paradossale che il ricorso al modello della società lucrativa, persino l'ammissibilità dello sbarco sul mercato dei capitali, comporta in rapporto alla pretesa che il gestore stesso si faccia anche carico di istanze sociali e territoriali, con ciò radicando un conflitto di interessi intrinseco che negli anni ha prodotto non poche storture»; e, *amplius*, 111 ss.

⁵ *Dimonia*, 43: «con un'operazione di ingegneria genetica più che societaria si è fin qui affidata al modello delle società lucrative la realizzazione delle predette finalità sociali. Incrociando lo strumento dell'attività commerciale per eccellenza, la società anonima, con il ruolo pubblico nell'implementazione dello stato sociale, alla ricerca di una evoluzione *in vitro* degli strumenti del diritto, per conciliare esigenze pubblicistiche e privatistiche. Dagli incroci interspecifici, però, insegna la biologia, nascono degli ibridi che non sono funzionali, ovvero non sono in grado di riprodursi, di dare frutti — sono sterili, dunque estranei all'evoluzionismo darwiniano, ancorché stimolato in laboratorio».

⁶ *Dimonia*, spec. 71 ss.

⁷ *Dimonia*, 119 ss.

⁸ *Dimonia*, 131-133.

⁹ Questa, invero, potrà essere l'obiezione – lo anticipo io stesso – da fare alle considerazioni, in parte critiche, che muoverò al testo, sebbene poi – alla fin fine – le conclusioni cui giungerò divergeranno solo in parte da quelle dell'Autore.

(stato c.d. minimo) alla sua iniziale evoluzione in contesto democratico (stato c.d. imprenditore, o interventore), per culminare nell'attuale fase matura (stato c.d. regolatore).

In ciascuna di tali fasi, infatti, emerge come centrale un concetto giuridico caratteristico: dapprima quello di *funzione pubblica* (in ispecie *amministrativa*), poi quello di *servizio pubblico* e infine quello di *servizio universale*.

Nel seguire tale traiettoria, poi, sarà importante collocarsi nella prospettiva del soggetto destinatario delle prestazioni pubbliche, poiché così sarà più chiara la cifra che credo di aver colto all'interno del libro e che intendo dibattere: il clima culturale, cangiante, che ha caratterizzato la declinazione della nostra Costituzione economica e che trova paradigmatica allitterazione nei concetti, rispettivamente, di *suddito*, *cittadino* e, infine, di *utente*.

2.1.- *Attività pubblica e situazioni giuridiche soggettive*. – La relazione primigenia che si instaura – anche in contesto democratico – tra un apparato governante e una collettività governata è di *potere* del primo sulla seconda¹⁰.

Tutta la teorica sulle forme di stato, a ben vedere, può essere ricondotta alle diverse modalità con cui – nei diversi contesti – si radica il conseguente rapporto di autorità¹¹.

Certamente, da tale relazione primigenia non mi pare si possa prescindere ed essendo il potere, in ultima analisi, semplicemente l'attitudine di una volontà ad imporsi sulle altre eventualmente confliggenti¹², ne discende che la posizione del destinatario della preminente volontà conformativa si troverà, rispetto ad essa, in posizione di *soggezione*.

A tale schema basilare, la dottrina giuridica ha aggiunto – attraverso la metafora dell'organo – l'idea di *funzione* (dell'organo) come nome proprio dell'attività di potere del soggetto pubblico; e, a seconda di come tale attività venisse di volta in volta giustificata nella sua aspettativa di obbedienza, vi ha associato varie situazioni giuridiche in capo ai destinatari dell'atto di volontà medesimo: obbligo, interesse legittimo e diritto soggettivo.

Una postilla prima di andare avanti.

Risulta grandemente diffusa in dottrina e in giurisprudenza una concezione della funzione (pubblica) quale *attività globalmente rilevante*, che non si risolve cioè nella mera *somma* (degli effetti) degli atti emanati dall'organo¹³.

Più precisamente, la 'funzione' sarebbe un'entità a sé stante, autonomamente apprezzabile e valutabile dal diritto, da collocare nel momento immediatamente antecedente all'adozione dell'atto¹⁴.

¹⁰ *Ex plurimis*, in termini giuridico-filosofici, G. TARELLO, *Organizzazione giuridica e società moderna*, in G. Amato, A. Barbera (cura), *Manuale di diritto pubblico*⁵, I, Il Mulino, Bologna, 1997, 1, spec. 14 ss.

¹¹ M. VOLPI, *Libertà e autorità*⁴, Giappichelli, Torino, 2010, spec. 15 ss.

¹² M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tübingen, 1922, tr. it., *Economia e società*, I, *Teoria delle categorie sociologiche*, Edizioni di Comunità, Torino, 1999, 51.

¹³ Esempi di tale utilizzo, peraltro quasi sempre associato all'analisi della funzione amministrativa, in M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Giuffrè, Milano, 1970, spec. 438-439; F. MODUGNO, *Funzione*, in *Enc. dir.*, XVIII, Giuffrè, Milano, 1969, 301; F. SEVERO SEVERI, *Funzione pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Utet, Torino, 1991, 69. In giurisprudenza, a titolo puramente esemplificativo, v. Cons. Stato, IV, decisione n. 82 del 4 febbraio 1997, n. 649 del 17 giugno 1997 e n. 246 del 2 marzo 1999.

¹⁴ Così, soprattutto, F. BENVENUTI, *Funzione*, I) *Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XVI, Treccani, Roma, 1989, 1 (*ad vocem*), spec. 3: «Questa dottrina ha ritenuto in tal modo di identificare un momento di trasformazione del potere in atto che ha designato come funzione».

Tuttavia, posso qui tralasciare la raffinata ricostruzione in discorso, dato che – in prospettiva costituzionalistica e limitatamente ai miei fini – mi è sufficiente l'idea minima della 'funzione' quale *somma* di *atti* adottati nell'interesse *altrui*¹⁵.

2.2.- *Funzione pubblica e sudditanza*. – Con specifico riferimento alla funzione amministrativa, poi, mi risulta bastante la sua concezione *residuale*, ossia l'intenderla come l'insieme degli atti che non siano manifestazione né di potestà legislativa né di potestà giurisdizionale¹⁶.

La stessa Costituzione sembra soccorrermi in tale semplificazione, poiché menziona espressamente la funzione legislativa (art. 70) e quella giurisdizionale (art. 102), mentre tace sostanzialmente sulla funzione amministrativa¹⁷.

In altre parole, se gli apparati che adottano un certo tipo di atti giuridici sono istituzionalmente preposti in via *continuativa* all'esercizio delle relative potestà, può ellitticamente indicarsi la produzione continuata nel tempo di essi con il termine di *attività* (o *funzione*).

L'atto amministrativo, in tale contesto, s'atteggia a manifestazione autoritativa di volontà finalizzata alla cura concreta dell'*interesse pubblico*.

Ed è quest'ultimo il concetto-chiave che ci introduce al cuore del problema: nello stato c.d. minimo di stampo liberale, infatti, l'ideologia economica dominante è quella del capitalismo originario, nel quale l'apparato di potere demanda integralmente ai privati la soddisfazione dei bisogni materiali, riservando a sé il compimento degli atti di potere in senso stretto, finalizzati al solo mantenimento dell'ordine sociale.

Il nucleo concettuale del c.d. interesse pubblico, cioè, è piuttosto ristretto e lo stato si limita a porre comandi di tipo normativo (funzione legislativa), ad attuarli in concreto (funzione amministrativa), nonché – quando occorra – a ripristinare l'ordine giuridico a fronte di deviazioni dalla sua volontà conformativa (funzione giurisdizionale).

Rispetto all'azione (autoritativa) degli organi di uno stato del genere, pertanto, il popolo si trova sistematicamente in una posizione di *soggezione*, mentre egli è pienamente sovrano all'interno della sfera economica.

Soffermandoci su tale ultimo punto, peraltro, può annotarsi come nelle scienze politiche e sociologiche – in cui il concetto di interesse (anche pubblico) nasce e si sviluppa – sia un dato acquisito che ciascun gruppo (ivi compresa la collettività organizzata in stato) individui i propri scopi e le proprie esigenze con un *libero atto di volontà*; il che sta a significare che non sussiste

¹⁵ Nozione peraltro non ignota nemmeno agli Autori – citati poco sopra alla nt. 13 – che pure aderiscono alla concezione ampia della funzione: «vi è un momento in cui l'amministrazione è sempre uguale a se stessa e in cui è riconoscibile, appunto, come funzione di un ordinamento costituzionalmente determinato e qualificato» (G. MARONGIU, *Funzione, II) Funzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, XVI, Treccani, Roma, 1989, 1, *ad vocem*, 7).

¹⁶ G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*³, Springer, Berlin, 1929, per il quale, oltretutto, la funzione amministrativa era l'attività prima e fondamentale dello Stato (*fundamentale Funktion*), mentre la legislazione e la giurisdizione rivestivano un ruolo secondario (*spezifische Tätigkeiten*); ciò in quanto solo l'Amministrazione risulta immediatamente ed assolutamente visibile ai cittadini, inducendoli a credere nella *reale* esistenza e presenza del pubblico potere.

¹⁷ Per la verità, nell'art. 118 Cost. novellato compare un riferimento alle «funzioni amministrative» (al plurale), ma tale enunciazione sembra avere un significato più avvicinabile a 'competenza' od 'attribuzione' che ad 'attività'.

alcun elemento ontologico idoneo a caratterizzare l'interesse in quanto tale, rilevando esclusivamente la cifra volontaristica (dell'organizzazione) che lo determina¹⁸.

Ciò spiega meglio di ogni altra considerazione l'evoluzione del sistema politico verso un progressivo allargamento sia dell'area dell'interesse pubblico, sia – conseguentemente – del parallelo arricchimento delle categorie dogmatiche capaci di esprimerlo.

2.3.- *Servizio pubblico e cittadinanza*. – Quando perciò lo Stato italiano – con atto d'imperio, ossia *sovrano* – decide di estendere la propria sfera di influenza sulla vita dei consociati alle attività economiche, esso transita da una configurazione minima del suo apparato verso una dimensione più ampia, marcatamente imprenditoriale (stato c.d. interventore, o imprenditore): è il momento di quella che l'Autore identifica come la malintesa «età dell'oro»¹⁹.

Storicamente, è in tale frangente che si sviluppa il maggior sforzo dottrinale attorno alla definizione del concetto di *servizio pubblico*, con tale termine volendosi designare quelle *nuove* attività che lo Stato ha assunto come proprie ma che, a ben vedere, mal si prestano a essere distinte dalle funzioni vere e proprie.

È vero che la dottrina più tradizionale crede di poter tirare una linea netta tra le due figure a seconda che l'apparato pubblico agisca avvalendosi di potere oppure di strumenti negoziali²⁰; tuttavia appare oramai condivisa la considerazione che «non esiste una caratterizzazione aprioristica delle varie attività come appartenenti alla funzione o al servizio, ma [...] tale appartenenza è il frutto di una *valutazione di opportunità dell'ordinamento* fondata sull'esistenza e sul grado di compenetrazione o connessione fra svolgimento dell'attività ed esercizio dei poteri (o potestà) con carattere autoritativo, *valutazione che conduce a preferire l'uno o l'altro tipo di disciplina e di organizzazione*»²¹; e questo a prescindere anche da qualsivoglia criterio dimensionale associato all'attività concretamente espletata²².

Il che ci riporta al punto di partenza: l'interesse pubblico non ha ontologica consistenza, ma vanta una dimensione eminentemente *politica*, specificamente scolpita nella scelta legislativa di dare o meno rilevanza all'elemento economico in esso incorporato, collegandovi un preciso regime giuridico.

Proprio tale politicità, su un piano più generale, segnala il mutamento della Costituzione economica nazionale, (mutamento) finalizzato a garantire una più ampia attuazione del patto

¹⁸ Con il logico corollario che, in tema di riconoscimento e qualificazione degli interessi (e quindi delle funzioni), vige un criterio nominalistico, di portata eminentemente descrittiva. Su queste tematiche, *amplius* M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*², aggiornato da A. Mirabelli Centurione, Giuffrè, Milano, 2000, 3 ss., spec. 16 ss.

¹⁹ *Dimonia*, 34 ss.

²⁰ Così, ad esempio, F. MODUGNO, *Funzione*, cit., 312, e G. MIELE, *Funzione pubblica*, in *Nss. Dig. it.*, VII, Utet, Torino, 1961, 687.

²¹ Così, correttamente, S. MARCHISIO, *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, XLII, Giuffrè, Milano, 1990, 355, 367-368 (enfasi aggiunte).

²² Da questo punto di vista non vi è infatti alcuna differenza tra servizi pubblici locali e nazionali: anzi, per quanto qui rileva, la normativa vigente prevede in ambo i casi un regime giuridico differenziato solo a seconda che dal loro esercizio sia possibile o meno estrarre profitti privati. La dicotomia in questione, introdotta nell'ordinamento interno su impulso del diritto eurounitario, permane anche dopo la profonda riscrittura della disciplina intervenuta nel 2014 con le direttive nn. 23, 24 e 25 del 26 febbraio; la c.d. rilevanza economica del servizio entra così a pieno titolo nella costruzione dogmatica: cfr. esemplificativamente C. GALLUCCI, *Servizi pubblici locali*, in *Enc. giur.*, XXXIII, Treccani, Roma, 1993, postilla di aggiornamento, 2004, 1, (*ad vocem*).

civico attraverso il riconoscimento alla collettività governata di veri e propri *diritti* all'ottenimento di determinate prestazioni.

In breve: lo stato (inteso quale apparato governante) si espande e correlativamente si mette al *servizio* diretto di un popolo composto non più da semplici sudditi dai quali esigere solo obbedienza, bensì da veri e propri cittadini, titolari, oltre che di doveri, di diritti (di libertà, di prestazione e *politici*).

2.4.- *Servizio universale e utenza*. – La tappa successiva di questa evoluzione è scandita dall'emersione di un nuovo costrutto dogmatico, quello di *servizio universale*.

La *vulgata* maggiormente diffusa spiega lo slittamento linguistico cercando di ricondurre la nuova formula alla previgente (servizio pubblico), evidenziando semplicemente la maggior aderenza del concetto di 'universalità' del servizio al quadro socioeconomico determinatosi nella stagione delle c.d. privatizzazioni²³.

Lo stato, infatti, più che ritirarsi dal mondo economico rinunciando a farsi *imprenditore*, avrebbe semplicemente modificato la natura del proprio intervento, ritagliandosi il ruolo di *regolatore* del Mercato.

Un Mercato, all'interno di tale schema, non più anarchico come quello del capitalismo originario, bensì – appunto – *regolato*, come esigono i paradigmi del capitalismo maturo, nel quale le condizioni concorrenziali devono essere preservate artificialmente, scongiurando la naturale tendenza alla concentrazione che alligna nel meccanismo competitivo lasciato a se stesso.

Come sempre, però, il diavolo si annida nei dettagli; in questo caso il dettaglio è l'aggettivo che accede al sostantivo *servizio*: non più *pubblico* ma *universale*.

Il mutamento può a prima vista sembrare innocuo o addirittura commendevole ma forse le cose sono più complicate di quel che ci piace pensare.

Quando si ragiona di 'servizio pubblico', infatti, si possono intendere due cose, ossia la gestione di un'attività da parte di un soggetto pubblico (senso soggettivo) oppure la destinazione di quella attività a un novero indifferenziato di *cittadini* (senso oggettivo)²⁴.

Quando però si sostituisce l'aggettivo 'pubblico' con 'universale' la prima accezione evapora e la seconda muta pelle: *universale* allude infatti a una prerogativa, un diritto, che non è più del cittadino ma dell'uomo *in quanto tale*²⁵.

Sequitur che non risulta più appropriato parlare di 'cittadino', dotato di una dimensione politica ora completamente messa in ombra, ma – proprio in coerenza con tale rimozione – sorge un

²³ Cfr. ad es. N. RANGONE, *Servizi universali*, in *Enc. giur.*, XXXIII, Treccani, Roma, 1998, 1 (*ad vocem*), spec. 7: «Il servizio universale si distingue, dunque, dal servizio pubblico in primo luogo per il diverso contesto in cui trova origine [...]. In secondo luogo, il servizio universale si differenzia dal servizio pubblico per gli obbiettivi perseguiti [...]. Infine, il servizio universale si differenzia dal servizio pubblico in quanto l'obbligo di prestazione si arricchisce di un vincolo alla messa a disposizione del servizio a tutti i singoli cittadini ad un prezzo accessibile. In altre parole, l'assunzione di una missione di servizio pubblico presuppone il riconoscimento a tutti gli utenti di un *diritto alla prestazione*» (enfasi testuale).

²⁴ In argomento un'agile ricostruzione di tale evoluzione è quella L. TORCHIA, *La scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n.4/2001, 1105.

²⁵ L'eco umanista è evidente, sol che si pensi alle varie dichiarazioni «universali» rilasciate in ambito sovranazionale e che riguardano i diritti umani, non quelli civici, ossia (innanzitutto) politici.

nuovo soggetto: l'*utente*, titolare – almeno sulla carta – di ampi diritti ma *privo di una dimensione politica vera e propria*.

In sintesi: nello stato-regolatore non ci sono più cittadini ma utenti²⁶; non ci sono più, cioè, soggetti titolari di diritti, anche politici, e di doveri, ma soltanto soggetti senza doveri e che vantano tutti i diritti possibili, tranne quelli politici.

3.- *Una traiettoria generale*. – Nella transizione dallo stato minimo a quello regolatore, passando per quello interventore, tende quindi a scomparire il Cittadino²⁷.

L'esistenza della cittadinanza, però, è tra le altre cose il segnale più forte della presenza *in loco* di quella prerogativa fondamentale degli ordinamenti statali che chiamiamo *sovranità*.

Il sorgere dell'Uomo a scapito di un Cittadino che tramonta, quindi, finisce per certificare con la massima chiarezza possibile la crisi della sovranità statale²⁸, soppiantata da altre forme di dominio o – se si preferisce – da altri circuiti decisionali.

Tale crisi può essere ricondotta, in ultima analisi, a un processo di *moralizzazione* del Diritto costituzionale, portato avanti anche da una larga parte degli studiosi, attraverso quell'interpretazione *per principi* della Norma fondamentale resa possibile dalla dottrina dei Diritti dell'uomo che mira a sostituirsi – con apparente successo – alle tradizionali teorie della sovranità²⁹.

In termini di giuseconomici, questo movimento si articola, secondo l'intavolazione che qui accolgo³⁰, nel passaggio dalla Costituzione economica democratico-sociale a quella liberal-democratica, attualmente praticata nel nostro ordinamento in coerenza con l'*acquis* eurounitario.

4.- *Stato e Mercato: un rapporto tormentato dietro al quale si agita una tensione etica inconfessata*. – Si trattava di un esito inevitabile allora e irreversibile oggi? Non mi sembra davvero sia così: la c.d. Costituzione economica (cioè quel plesso normativo il cui nucleo forte è riducibile fondamentalmente agli artt. 41-43 e 81 Cost.) è infatti un costrutto meramente descrittivo, in grado di tollerare numerose declinazioni, in uno spettro che spazia dal tipo socialdemocratico a quello democratico-liberale³¹.

È probabilmente qui che risiede il punto di fondamentale divergenza tra le conclusioni di Renato Conti e le mie: l'Autore – perfettamente calato *nel* tempo presente – parte dal presupposto che, nella torsione tra potere politico e potere economico, sia fatale che prima o dopo sarà il *politico* a doversi piegare.

Lo stato, inteso quale centro di decisione (soprattutto democratica), è debole e ondivago, mentre il Mercato è forte e inesorabile.

²⁶ Lo evidenzia assai bene, da ultimo, M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quad. cost.*, 2019, 315, spec. 322 ss.

²⁷ Un preclaro esempio di questa parabola è in Corte cost., sentenza 22 febbraio 2017, n. 69.

²⁸ Crisi secondo alcune autorevoli opinioni, persino irreversibile: lo afferma con chiarezza L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali nella sociologia giuridica e nella teoria del diritto*, in V. Ferrari, P. Ronfani, S. Stabile (cura), *Conflitti e diritti nella società transnazionale*, Franco Angeli, Milano, 2001, 305, spec. 323-324.

²⁹ È questa la tesi che percorre tutto il lungo saggio di A. CARRINO, *La Costituzione come decisione*, Mimesis, Milano, 2019.

³⁰ Mutuandola da G. DI GASPARO, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*³, Cedam, Padova, 2017, spec. 43 ss.

³¹ Lo rileva, con ampia argomentazione e in ottica prettamente costituzionalistica, O. CHESSA, *La costituzione della moneta*, Jovene, Napoli, 2016, 11 ss.

Lo stato, inteso quale struttura legale, può soltanto regolare il Mercato, indirizzandone in qualche modo la forza, senza pretendere di sostituirsi ad esso.

La formula proposta può anche essere accolta, ma sulla base di ragioni diverse da quelle che credo muovano Conti.

Per usare le sue parole, infatti, io vedo una *dimonia* – un’idea fallace, una mania, un’ossessione – non soltanto nella narrazione che riguarda lo stato ma anche in quella che accompagna l’ideologia economica oggi di moda: l’Economia politica, nonostante utilizzi, per descrivere il proprio oggetto, un linguaggio matematico che ne vorrebbe postulare la scientificità, è e resta una scienza sociale³², proprio come il Diritto e la Politica.

In altre parole, niente autorizza a sottintenderne aprioristicamente una qualche superiorità quanto a statuto epistemologico.

Di più: la dottrina economica capitalistica, nonostante si preferisca dire il contrario, non è indifferente all’universo morale ma ha una base etica ben precisa³³.

Non diversamente da quanto avviene quando si parla di *morale* politica o di *valori* dell’ordinamento giuridico, bisognerebbe quindi poter parlare di *etica economica* e poterla discutere senza sentirsi imputare il reato di lesa maestà.

5.- *Etica economica e democrazia liberale*. – Per svelare la cifra etica del discorso economico può essere utile riflettere sulla risposta che normalmente si dà alla seguente domanda: perché lo stato dovrebbe aderire alle regole del Mercato?

In modo quasi irriflesso, verrebbe da dire: perché il non farlo produrrebbe conseguenze, in un qualche modo e in un qualche senso, negative, nel senso di *indesiderabili*³⁴.

Ritengo che tale risposta non sia né oggettiva né scientifica.

Stabilire se un certo fatto (azione, comportamento, obbiettivo, esito) sia “desiderabile” o meno – “positivo” o “negativo”, “buono” o “cattivo”, “giusto” o “ingiusto” e via scorrendo – non è infatti un’operazione neutra dal punto di vista assiologico e andrebbe quindi compiuta, in un sistema democratico, dal popolo o almeno da un suo organo rappresentativo.

Oltretutto, a ben riflettere, noi *diamo per scontato* che il Mercato sia qualcosa di desiderabile; ma se provassimo per un secondo a chiederci *in che senso* il Mercato sia un “bene”, faremmo fatica a trovare una risposta univoca.

Potremmo infatti rispondere che il Mercato sia un “bene” perché così ha stabilito il diritto interno, e in particolare la vigente Costituzione economica; ma in tal caso avremmo adottato un approccio definibile come *legalismo etico*, in base al quale qualunque statuizione del sovrano sarebbe per definizione non semplicemente “valida” ma “giusta”; un esito francamente poco rassicurante, dato che implica il venir meno della separazione tra sfera giuridica e sfera morale³⁵.

³² M. FABBRI, *La fabbrica delle illusioni*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2013, spec. 185 ss.

³³ *Amplius* § 5.

³⁴ Cerco di utilizzare una terminologia che sia la più generica possibile, così da non impegnare una specifica concezione etica che – in quanto tale – potrebbe prestarsi a rilievi più o meno incisivi.

³⁵ Do qui per scontato che sfera giuridica e sfera etica debbano rimanere distinte, e così facendo mi colloco all’interno della linea di pensiero *giuspositivista* instabile a H. KELSEN, *Das Problem der Gerechtigkeit*, Franz Deuticke, Wien, 1960, tr. it. *Il problema della giustizia*³, Einaudi, Torino, 2000, spec. 7 ss. L’opzione non è però pacifica, tanto è vero che esiste un altrettanto autorevole filone che predica esattamente l’opposto: la necessaria connessione tra diritto e morale (correnti di pensiero che si richiamano, più o meno dichiaratamente, al *giusnaturalismo*). D’altra parte, in ordine alla stessa separazione tra diritto e

L'alternativa sarebbe quella di rispondere che sia invece il sistema economico stesso a misurare il livello di efficienza di quello legale e a calcolare i danni prodotti dall'assenza di un appropriato meccanismo concorrenziale, stabilendo in tal modo cosa sia “desiderabile” e cosa no; accettando tale spiegazione verremmo però catapultati all'interno di un vero e proprio circolo vizioso: mi sembrerebbe infatti frutto di una tautologia dire, in sostanza, che un certo fenomeno sia indesiderabile in quanto contrario alle regole del Mercato e subito dopo affermare che sia contrario alle regole del Mercato in quanto indesiderabile.

Più sensato, allora, pensare che il disvalore che l'ordinamento legale accorda alle pratiche anticoncorrenziali (o, il che è lo stesso, il valore che accorda alle pratiche pro-concorrenziali) promani da un ordinamento sociale che non è propriamente quello economico, anche se magari è da questo implicato.

Ma anche in tal caso sarebbe venuta meno quella separazione tra diritto e morale già segnalata a proposito del “legalismo etico”, seppur in una forma ribaltata: il sistema legale verrebbe cioè valutato in base a un universo valoriale che potremmo designare come *etica economica*.

Ma a quale etica sto alludendo?

Il sistema di valori accolto in ambito eurounitario e, per ricaduta, nell'ordinamento nazionale può farsi risalire, con buona approssimazione, all'etica utilitaristica propria del capitalismo originario, basata sul riconoscimento del lavoro, e quindi della ricchezza, come valore in sé; a sua volta, tale orizzonte assiologico sembra presentare una certa connessione col pensiero religioso, specialmente protestante; il che spiegherebbe il comportamento (controintuitivo) consistente nel reinvestire gli utili realizzati attraverso le transazioni all'interno della stessa impresa, così da accrescerla³⁶.

In breve, il paradigma dell'*homo oeconomicus* – contrariamente a quanto lascerebbe intendere l'aggettivo – è un modello morale, incarnato oggidì dalle figure dell'imprenditore e dell'*utente*.

Naturalmente, lo schema primigenio ha subito nel tempo le sue vicissitudini, ma l'aspetto per me saliente è che l'etica riconducibile all'*homo oeconomicus* appartiene al novero di quelle c.d. teleologiche, in quanto prevede *standard* comportamentali che hanno autorità nel pensiero pratico in virtù dei fini e degli interessi a cui serve la condotta che gli *standard* stessi guidano; viceversa, un ordinamento giuridico democratico³⁷ e pluralista³⁸ – qual è il nostro – sarebbe maggiormente compatibile, al limite, con una teoria etica c.d. deontologica, in base alla quale i comportamenti prescritti avrebbero autorità nel pensiero pratico *indipendentemente* dai fini o dagli interessi di coloro di cui guidano la condotta³⁹.

morale, è possibile registrare almeno due andamenti diversi del giuspositivismo: *inclusivo* (nel senso cioè che il diritto debba *non necessariamente* richiamarsi a valori etici: cfr. H.L.A. HART, *Postscript* a IDEM, *The Concept of Law*², Clarendon, Oxford, 1994) o *esclusivo* (nel senso cioè che il diritto debba *necessariamente non* richiamarsi a valori etici: fra gli altri, J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon, Oxford, 1979). La materia va quindi maneggiata con estrema attenzione.

³⁶ M. WEBER, *Die Protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, XX-XXI, 1905-05, tr. it. *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*²⁴, Rizzoli, Milano, 2018: il “successo” nell'impresa economica (*Beruf*) è il segno della grazia divina (101 ss.).

³⁷ Non posso certo pretendere di impegnarmi qui anche solo in una semplice rassegna delle teorie in proposito; rinvio pertanto, anche per gli opportuni cenni bibliografici, a M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Laterza, Bari, 2006, 42 ss.

³⁸ *Ibidem*, 157 ss.

³⁹ J. DEIGH, *An introduction to Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, tr. it. *Etica. Un'introduzione*, Feltrinelli, Milano, 2012, 15 ss., 16.

In termini più semplici, un ordinamento giuridico democratico e pluralista presuppone, per definizione, un sistema morale *aperto*⁴⁰ mentre quello implicitamente recepito attraverso la sponda sovranazionale (*in primis* eurounitaria) è *chiuso*.

6.- *Una chiosa*. – Torniamo, adesso, alle tesi esposte dall’Autore e proviamo a rileggerle alla luce della cifra etica della dottrina economica dominante.

Renato Conti ci dice che il sistema delle privatizzazioni ha fallito non perché fosse inadeguato ma perché non è stato compiutamente declinato⁴¹.

In particolare, l’insuccesso sarebbe stato condizionato dalla *dimonia* dello Stato, che ha portato, da un lato, a guardare con sospetto al profitto privato e, dall’altro, a predisporre istituti e congegni del tutto disfunzionali poiché ispirati a sistemi di riferimento incompatibili⁴².

La soluzione caldeggiata nel suo studio, quindi, si rivolge alla piena realizzazione del modello capitalista, così da finire ciò che troppo a lungo è stato lasciato a metà; segnatamente, andrebbe accordato un ruolo ancora più centrale ad apparati composti da tecnici e non da burocrati né tantomeno da politici.

La *pars construens* del libro, in tal modo, marcherebbe un’ulteriore tappa di allontanamento dall’ideale di *cittadino* e di avvicinamento a quello di *utente*.

Tuttavia è proprio questa fiducia nella scienza economica a non persuadermi sino in fondo, anche perché non darei per scontato che in un meccanismo perfettamente concorrenziale si trovino necessariamente *tutte* le risposte (men che meno le *buone* risposte) ai problemi di una società complessa.

Certamente convincente mi appare la *pars destruens*, finalizzata a scongiurare un mero ritorno al passato, spiegabile soltanto come irriflessa reazione all’avversità o cinico calcolo populista.

Meno invitante l’idea che la risposta possa trovarsi nei classici paradigmi della dottrina economica capitalistica oggi imperante, allitterati giuridicamente come congegni normativi politicamente neutrali (la c.d. regolazione: falso) e organizzazioni dotate di legittimazione tecnica (le c.d. autorità indipendenti) anziché democratica (organi statali esecutivi e amministrativi).

La mia impressione, più in generale, è che certi consolidati modelli di pensiero finiscano, ora consapevolmente, ora inconsapevolmente, per far apparire come giuridicamente doverose opzioni che al contrario andrebbero misurate sul piano dell’opportunità politica e della discrezionalità amministrativa pura.

Forse sarebbe il caso di esplorare con più calma anche altre strade.

Arriverei quindi a individuare il prossimo obiettivo polemico per una nuova indagine, che completi quella presentata oggi, nella *dimonia* del Mercato.

⁴⁰ H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Mohr, Tübingen, 1929, tr. it. *Essenza e valore della democrazia*, in *La democrazia*⁵, il Mulino, Bologna, 1984, 37.

⁴¹ *Dimonia*, 32: «la crisi dei servizi pubblici, cronologicamente coincidente con la stagione delle liberalizzazioni e delle privatizzazioni, fonda sul difetto con cui queste operazioni sono state realizzate, più che sulle loro caratteristiche naturali».

⁴² Questa idea percorre trasversalmente e ricorsivamente tutte le pagine dello studio.

ABSTRACT

Il saggio segue la parabola dello stato moderno tenendo quale filo conduttore il rapporto tra Diritto ed Economia.

Collocandosi nella prospettiva dei soggetti delle prestazioni pubbliche, cerca di dimostrare la natura morale del discorso economico.

The essay follows the trajectory of the modern State, keeping the relationship between Law and Economics.

Placing itself in the perspective of the subjects that benefit of public services, it seeks to demonstrate the moral nature of the economic discourse.

KEYWORDS: Servizio pubblico; Regolazione; Diritto ed economia; Diritto e morale; Democrazia

Public service; Regulation; Law and Economics; Law and Ethics; Democracy